

LAS HORAS COMPLEMENTARIAS COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN FLEXIBLE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Nora María Martínez Yáñez

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Contrato de trabajo, tiempo parcial, horas complementarias, flexibilidad

El Real Decreto-ley 16/2013 ha modificado la fisonomía del trabajo a tiempo parcial. La estrella de la reforma es sin duda el régimen de horas complementarias, mediante el que se pretende conferir a la jornada de trabajo una flexibilidad sustancialmente más amplia de la que es actualmente posible en el trabajo a tiempo completo. Por primera vez los pactos de horas complementarias pueden suscribirse en los contratos temporales, pero además, los contratos indefinidos nacen ya, por imperativo legal, con un porcentaje de horas complementarias cuya regulación, extremadamente simple, se encuentra muy próxima al trabajo a llamada. La nueva tipología de horas complementarias se engarza en un panorama en el que destaca la posibilidad de negociar el régimen de dichas horas a nivel de empresa, así como el reforzamiento del poder de la autonomía individual tanto en la suscripción del pacto como en la gestión cotidiana de las horas complementarias incorporadas al contrato indefinido. El sistema resultante se caracteriza por su inclinación hacia los intereses empresariales en detrimento de los laborales. Todo ello hace de las horas complementarias un instrumento idóneo para transferir parte de los riesgos productivos a los trabajadores, aunque sea a costa de una intensa disponibilidad que pondrá en peligro el dominio del trabajador sobre su propia vida personal y familiar.

ABSTRACT

Key words: Employment relationship, part-time, complementary hours, flexibility

The Royal Decree-Law 16/2013 has changed the physiognomy of the part-time work. The star of the reform is undoubtedly complementary hours scheme, which is intended to confer on the working day flexibility substantially wider which is currently possible on the job full time. For the first time the agreements on supplementary hours can subscribe on temporary contracts, but in addition, indefinite contracts are born already, by imperative legal, with a percentage of supplementary hours whose regulation, extremely simple, is very close to call work. The new type of supplementary hours tastefulness in an overview that highlights the possibility to negotiate the regime of these hours at the enterprise level, as well as the strengthening of the power of individual autonomy in the day-to-day management of the additional hours added to the indefinite contract both the signing of the Pact. The resulting system is characterized by its tilt toward business interests at the expense of the labour. All this makes the supplementary hours an ideal instrument to transfer part of production risks to workers, even at the expense of an intense availability which will threaten the dominance of the worker about their own personal and family life.

ÍNDICE:

1. Crónica Y objetivos de la reforma del contrato a tiempo parcial
2. Las horas extraS en el trabajo a tiempo parcial : un viaje de ida Y vuelta
3. Concepto Y nueva tipología de las horas complementarias
 - 3.1 Las horas complementarias pactadas
 - 3.2. Las horas complementarias del contrato por tiempo indefinido
4. Garantías laborales frente a las horas complementarias
 - 4.1. Prohibición de las horas complementarias en contratos con micro-jornada
 - 4.2. Voluntariedad en la realización de las horas complementarias
 - 4.2.1. Elementos de voluntariedad/obligatoriedad en torno al pacto de horas complementarias
 - 4.2.2. Voluntariedad en el ajuste continuo de las horas complementarias en el contrato indefinido
 - 4.3. El registro diario de las horas complementarias
5. La Gestión flexible de la Jornada a tiempo parcial
 - 5.1. La distribución irregular de la jornada ordinaria
 - 5.2. Acumulación de elementos de flexibilización de la jornada a tiempo parcial
6. Distribución de las horas complementarias
7. Derechos de conciliación de los trabajadores a tiempo parcial
8. Conclusión

1. CRÓNICA Y OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

La profunda transformación que están experimentando las instituciones laborales ha alcanzado por fin al trabajo a tiempo parcial. Aunque la Ley 27/2011 lanzó al Gobierno el órdago de llevar a cabo una remodelación integral del trabajo a tiempo parcial¹, éste no fue objetivo central de las reformas de 2011 y 2012. Es cierto que la reforma laboral de 2012 llevó a cabo un retoque, en apariencia leve, pero con una gran trascendencia práctica, al permitir la realización de horas extraordinarias, produciéndose una situación inédita en nuestro Derecho, como fue la posible convivencia de horas extras y horas complementarias en los contratos indefinidos a tiempo parcial. Pero al margen de esta modificación, sin duda precipitada, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial sobrevivió tal y como había quedado dispuesto más de diez años atrás².

En 2013, sin embargo, se han consumado dos reformas sustanciales que afectan tanto a la vertiente social como a la laboral de esta modalidad de con-

¹ Disposición adicional vigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.

² La última reforma en profundidad de este contrato tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y de la subsiguiente Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

tratación. Por un lado, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, modifica el tratamiento del periodo de carencia exigido para el acceso a distintas prestaciones del sistema, y varía el porcentaje aplicable a la base reguladora de las prestaciones. La reforma de las reglas de cómputo de la carencia era inevitable después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarase que la normativa española era contraria en este punto al Derecho de la Unión, al encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo, y de que el Tribunal Constitucional apreciase igualmente dicho efecto discriminatorio a la luz del artículo 14 CE³.

Por otro lado, pocos días antes de expirar el plazo concedido al Gobierno por la Ley 27/2011 para remodelar el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, se publica el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que introduce relevantes modificaciones en dicha modalidad contractual.

Hasta aquí la crónica de una reforma anunciada. Cabe preguntarse ahora por los objetivos que persigue el nuevo régimen laboral del contrato a tiempo parcial.

El trabajo a tiempo parcial encierra en sí mismo numerosos dilemas. Las finalidades a las que puede servir –incremento de las tasas de empleo mediante la inclusión de personas con dificultades para trabajar a tiempo completo, mejora en la gestión de los recursos empresariales y de la subsiguiente competitividad, y ampliación de las posibilidades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar– no resultan plenamente compatibles entre sí, de modo que el legislador debe optar por priorizar unos objetivos a sabiendas de que otros van a resultar proporcionalmente afectados⁴. En buena medida, dicha incompatibilidad proviene del modelo regulador que es propicio para alcanzar cada uno de los objetivos señalados. En términos generales, el incremento del empleo y la mejora de la competitividad empresarial a través del trabajo a tiempo parcial se encuentran próximos a modelos reguladores presididos por la flexibilidad, y por tanto inclinados hacia la descentralización de las fuentes reguladoras o incluso la desregulación normativa. Por el contrario, el objetivo de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar exige un modelo regulador dotado

³ STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno y STC de 61/2013 de 14 marzo, a la que siguieron otras en el mismo sentido.

⁴ Davies, P. y Freedland, M., "The role of EU employment law and policy in the de-marginalisation of part-time work: a study in the interaction between EU regulation and Member State regulation", *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union. A Comparative Analysis*, Sciarra, S., Davies, P. y Freedland, M. (Eds.), Cambridge University Press (2004) 65, 66.

de cierta imperatividad, atento a la seguridad jurídica y a las prerrogativas y derechos del trabajador.

Obviamente, ninguno de estos modelos suele darse en la práctica en estado puro, pues es habitual que la regulación jurídica del contrato a tiempo parcial tienda simultáneamente hacia varias ?nalidades, aunque no todas tengan la misma prioridad. Sin embargo, la descripción de los ?nes propios del trabajo a tiempo parcial y de los modelos reguladores a ellos asociados, permite poner de relieve la tensión entre Àexibilidad y seguridad que caracteriza al actual Derecho del Trabajo, y que adquiere tintes muy particulares en el trabajo a tiempo parcial⁵.

Consciente de esta tensión, y de la necesidad de atemperarla en la medida de lo posible, la Ley 27/2011 no solo encargaba al legislador la modificación del régimen laboral del trabajo a tiempo parcial, sino que añadía indicaciones concretas en torno a los ejes de la futura reforma (Disposición adicional vigésimo novena). En primer lugar, se preveía su ejecución a través de una ley, haciendo hincapié en la necesidad de que el proyecto fuese discutido con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social. En segundo lugar, se imponía el deber de promover “el necesario equilibrio entre las necesidades de Àexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras”. Y, en tercer lugar, se planteaba una revisión de los incentivos empresariales para la utilización de contratos a tiempo parcial indefinidos. Se auguraba por tanto una reforma negociada, que ponderase los intereses contrapuestos de empresarios y trabajadores, y fomentase la contratación indefinida.

Ninguno de aquellos augurios ha conseguido materializarse. La reforma se ha llevado a cabo, como viene siendo habitual en los últimos años, a través de Real Decreto-ley, cuyo uso se apoya, una vez más, en la urgente necesidad de impulsar el crecimiento del empleo. El lacerante nivel de desempleo vuelve a actuar como carta blanca para eludir el procedimiento parlamentario ordinario, sin que el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2013 haya sido capaz de justificar de manera bien fundada la extraordinaria y urgente necesidad que habilita al uso de este instrumento, limitándose a una argumentación retórica y circular⁶. Además, hay que destacar que la reforma del trabajo a tiempo parcial tiene una vigencia indefinida, no condicionada a la situación del mercado de trabajo,

⁵ Valdés Dal-Ré, F., “El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre Àexibilidad y Seguridad (1) y (2)”, *RL*, 1 (2002) 51-68 y Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre Àexibilidad y seguridad*, Thomson Aranzadi, Navarra (2006) 35-39.

⁶ Sobre el abuso del Real Decreto-ley en las últimas reformas, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, E., “El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida”, *RL*, 4 (2014) 1-5 y J. Cruz Villalón, “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *TL*, 115 (2012) 16, 18-21.

como sucede en otras medidas recientemente adoptadas⁷. Pero si la norma no ha ido precedida del aconsejable diálogo social, tampoco será debatida en sede parlamentaria, pues el Congreso de los Diputados ha rechazado su tramitación como Proyecto de ley⁸.

Siendo el empleo la razón que justifica el recurso a la norma de urgencia, el objetivo esencial de la reforma del trabajo a tiempo parcial es revitalizar el uso de esta modalidad contractual, probablemente con la intención de equiparar el porcentaje de trabajo a tiempo parcial en España con la media europea, a la que alude el preámbulo. Pero, en sólida alianza con dicho objetivo, se abre paso claramente el deseo de ofrecer a los empresarios un mecanismo eficaz para adaptar las plantillas a las cambiantes circunstancias económicas y productivas, y garantizar la competitividad empresarial.

Se insta así un binomio cerrado entre creación de empleo y mejora de la productividad empresarial que excluye otras consideraciones de signo garantista, referidas, por ejemplo, a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y a los elementos cualitativos del trabajo a tiempo parcial –igualdad y no discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo, así como facilidad en los tránsitos entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, y viceversa–.

Por último, la reforma no ha supuesto un paso atrás en la introducción de mecanismos de gestión flexible de la jornada en los contratos temporales. Como es bien conocido, el régimen de horas complementarias que permaneció vigente entre 1998 y 2013 era aplicable únicamente a los contratos por tiempo indefinido, con la finalidad de potenciar el trabajo a tiempo parcial estable y evitar una pérdida de calidad de esta modalidad contractual debida a la acumulación de varios elementos de precariedad laboral –jornada a tiempo parcial, temporalidad y disponibilidad horaria–. Ni siquiera la reforma de 2012 alteró este planteamiento, aunque la introducción de las horas extraordinarias en los contratos temporales debilitase profundamente esos fines.

El actual retorno a las horas complementarias prescinde de la tradicional salvedad relativa a los contratos temporales, en los que ahora también podrá pactarse este tipo de horas⁹. La extensión a los contratos temporales del

⁷ Como ejemplo de ello véase la Disposición transitoria primera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

⁸ Por Votación Plenaria del 22 de enero de 2014.

⁹ Con ello seguramente se evitarán prácticas “imaginativas” respecto a los contratos a tiempo parcial temporales, como el uso reiterado de la novación por razones de conveniencia temporal para ajustar la jornada a las necesidades productivas, o el descuento en el finiquito, una vez concluida la relación laboral, de las horas de trabajo no realizadas, pese a haber cumplido en su integridad los servicios asignados por el empresario. En tomo a estas prácticas, véanse, respectivamente la STSJ de Aragón de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 464/2012, y la STS de 26 de enero de 2011, r. c. u. d. núm. 4391/2009.

elemento estrella de la reforma, mediante el que se pretende incrementar el recurso al trabajo a tiempo parcial, parece poco coherente con el propósito de “potenciar la contratación estable”, enunciado en el propio título del Real Decreto-ley y desarrollado en su preámbulo. Acaso para asegurar la coherencia con este objetivo, fomentando en mayor medida la contratación indefinida en un contexto de intensa flexibilización de la jornada de trabajo, el legislador crea un régimen de horas complementarias específico para el contrato indefinido, compatible con el pacto de horas complementarias. Sin embargo, el amplio espacio concedido a la gestión flexible de la jornada de trabajo a tiempo parcial en los contratos temporales probablemente reduzca el interés por la contratación indefinida, aunque ésta ofrezca cotas algo superiores de flexibilidad.

2. LAS HORAS EXTRAS EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

La reforma laboral de 2012 ya dejó patente que la intención del legislador de hacer más atractivo el recurso empresarial al trabajo a tiempo parcial pasaba por ampliar las posibilidades de gestión flexible de su jornada. Si bien se eligió para ello la vía, un tanto burda, de levantar sin más la prohibición relativa a las horas extraordinarias¹⁰.

En todo caso, conviene reflexionar en torno al papel que horas extraordinarias y complementarias pueden jugar dentro del contrato a tiempo parcial, teniendo en cuenta que, pese a sus similitudes, se trata de dos instrumentos diferentes de gestión flexible del tiempo de trabajo. Como es bien sabido, las horas extraordinarias permiten ampliar la duración de la jornada, pero desde hace tiempo el ordenamiento contempla también su uso como mecanismo de distribución irregular de la jornada sin incidencia en su duración. Al permitir las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial el legislador se remitió en bloque al régimen jurídico ordinario, con una única salvedad, a saber, que el tope máximo anual de horas extras fuese proporcional a la jornada pactada (artículo 12.4.c) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013, y artículo 35 ET). No cabía otra opción, ya que la aplicación del principio de proporcionalidad en este aspecto forma parte de la exigencia de igualdad de trato reconocida a nivel europeo entre trabajadores a tiempo completo y tra-

¹⁰ Sobre los problemas que podían derivarse de la aplicación conjunta de horas extraordinarias y complementarias, véase Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete (2013) 104-107 y Martínez Yáñez, N. M., “Trabajo a tiempo parcial y política de empleo: el retorno a las horas extraordinarias”, *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2013) 104-118.

bajadores a tiempo parcial¹¹. Sin embargo, la reducción proporcional del tope legal de ochenta horas extraordinarias anuales limitaba en buena medida la gestión flexible del tiempo de trabajo, y lo hacía en especial en los contratos temporales, en los que no era posible pactar horas complementarias. Eso sí, dicha limitación afectaba únicamente a la capacidad de las horas extras de incrementar la jornada, ya que las posibilidades de distribución irregular mediante horas extras compensadas en los cuatro meses siguientes a su realización, quedaba intacta, al no computar dichas horas a efectos del tope máximo legal.

En definitiva, en los contratos temporales a tiempo parcial las horas extras permitían una posibilidad de incremento de la jornada ordinaria muy limitada –en torno a un 4,5% de la jornada pactada¹²–, y más amplias opciones de distribución irregular, si bien sujeta a un periodo de referencia de cuatro meses que, sin duda, debió parecer insuficiente a la parte empresarial. Hay que tener en cuenta que durante el breve periodo en que se levantó la prohibición de horas extras en el trabajo a tiempo parcial, si el convenio colectivo, o en su defecto un acuerdo de empresa, no abordaba la distribución irregular, el empresario contaba con la posibilidad de distribuir irregularmente a lo largo del año primero un cinco por ciento de la jornada, y más tarde hasta un diez por ciento (artículo 34.2 ET)¹³. La concesión por parte de la ley de dicha facultad unilateral, sujeta únicamente a un preaviso de cinco días, implica de hecho la generalización de la jornada irregular, pues, en el mejor de los casos, en los procesos de negociación se tomará el porcentaje legal como punto de partida para comenzar a negociar la distribución irregular. La puesta a disposición de los empresarios de una herramienta tan simple y poderosa para flexibilizar la jornada ordinaria, con un periodo de referencia anual, redujo sin duda el interés que las horas extras podían tener en los contratos a tiempo parcial. A todo ello hay que añadir que mientras las horas extraordinarias son voluntarias para el trabajador, las ampliaciones de jornada resultantes de la distribución irregular son obligatorias.

Aunque las cosas eran distintas en los contratos indefinidos, pues a las horas extraordinarias podía sumarse el pacto de horas complementarias, finalmente se llega a conclusiones similares. La ampliación de jornada que representaban las horas extraordinarias era muy reducida en comparación con las ampliaciones derivadas de la realización de horas complementarias –hasta un 15% de la jornada ordinaria, o hasta un 60% si así lo preveía el convenio

¹¹ Cláusula 4 de la Directiva 1997/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

¹² Aproximadamente, éste es el porcentaje que representan ochenta horas extras en una jornada anual de mil ochocientas horas.

¹³ Sobre las etapas de la introducción *ex lege* de un margen de distribución irregular de la jornada a favor del empresario en defecto de pacto colectivo a lo largo de las reformas de 2011 y 2012, véase Martínez Yáñez, N. M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *RL*, 5 (2013) 47, 48, 61-67.

colectivo-. Además, la suma de horas ordinarias, extras y complementarias no podía alcanzar la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, lo cual dejaba muy escaso margen para las horas extras en los contratos con amplios porcentajes de horas complementarias. Y, en cuanto a la distribución irregular de la jornada mediante el uso de horas extras, la situación era idéntica a la descrita respecto a la contratación temporal.

A la vista de todo ello, la mayor ventaja que presentaban las horas extras frente a otras fórmulas de gestión flexible de la jornada era su inmediatez, ya que no están sujetas a preaviso, frente a los siete días que exigía la ley para conocer día y hora de realización de las horas complementarias, y los cinco días que rigen respecto a la distribución irregular de la jornada (artículos 35 ET, 12.5.d) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013, y 34.2 ET, respectivamente). Otra ventaja menor era la ausencia de formalidades específicas para exigir la realización de horas extras, frente a las formalidades que rodeaban la suscripción del pacto de horas complementarias.

Todas estas cuestiones determinaron que, en una reflexión más reposada respecto a la necesaria reforma del trabajo a tiempo parcial, se optase por prohibir de nuevo las horas extraordinarias, con la única salvedad de las de fuerza mayor, volviendo al primado de las complementarias. Con ello se pretenden satisfacer las necesidades empresariales de ampliación de la jornada de trabajo a tiempo parcial, partiendo de que las de distribución irregular están suficientemente cubiertas mediante las previsiones generales (artículo 34.2 ET). Eso sí, el régimen jurídico de las horas complementarias se ha reformado en profundidad y, como se verá, algunas de las novedades parecen querer recoger parte de la experiencia derivada de la breve aplicación de las horas extraordinarias al trabajo a tiempo parcial.

3. CONCEPTO Y NUEVA TIPOLOGÍA DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

El Real Decreto-ley 16/2013 no altera el concepto de horas complementarias. Estas son, como hasta ahora, las realizadas “como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial” (artículo 12.5 ET). La desaparición de las horas extraordinarias hace más sólida esta definición y evita algunos espinosos problemas de delimitación entre ambas categorías¹⁴. Asimismo, se mantiene la advertencia de que “la suma de las horas ordinarias y de

¹⁴ Problemas derivados en buena medida de la aplicación de una institución pensada para el trabajo a jornada completa al trabajo a tiempo parcial. Como muestra de esta problemática, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, *Helmig* y otros; de 27 de mayo de 2004, asunto C-285/02, *Elsner-Lakeberg*; y de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Ursula Voß*.

las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial”, que adquiere particular importancia en un contexto caracterizado por el probable incremento de las horas complementarias (artículo 12.4.c) ET).

No obstante, es preciso destacar un cambio significativo en la ordenación de las fuentes que regulan las horas complementarias. Antes de la reforma, su régimen jurídico se encomendaba a las reglas específicas previstas en el Estatuto de los Trabajadores “y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior” (artículo 12.5 ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). Con esa coletilla se llevaban a cabo dos operaciones. Primero, se dejaba clara la posibilidad de que la negociación colectiva interviniese en la regulación de las horas complementarias, bien haciendo uso de las remisiones establecidas en el propio precepto legal, bien ampliando o mejorando dicho régimen. Y, segundo, se ordenaba la estructura de la negociación colectiva, expresando una preferencia por el convenio sectorial sobre el de empresa o grupo empresarial para la regulación de las horas complementarias.

Dicha remisión desaparece en la actual redacción de la citada disposición. A la obvia finalidad de relegar al convenio sectorial como fuente reguladora de las horas complementarias, se une una profunda desconianza del legislador hacia la negociación colectiva en general, seguramente motivada por el deseo de que las facultades que la reforma confiere al empresario en la gestión de las horas complementarias no sean alteradas ni reducidas por vía convencional.

A pesar de que este silencio desarticula la negociación colectiva en materia de horas complementarias, no impide a los convenios de cualquier ámbito intervenir en la regulación de dichas horas. Pero, en caso de concurrencia conflictiva, probablemente haya que considerar que tiene prioridad el convenio de empresa para adaptar a sus necesidades los aspectos de la contratación a tiempo parcial (artículo 84.2.e) ET).

3.1. Las horas complementarias pactadas

Como ya se ha dicho, una de las novedades de mayor calado de la reforma del trabajo a tiempo parcial es la posibilidad de pactar horas complementarias en los contratos temporales. Ello significa que la pretensión de incrementar la tasa de empleo a tiempo parcial se dirige de forma indistinta tanto al empleo temporal como al indefinido, con el probable riesgo de que se haga más profunda la segmentación laboral que caracteriza nuestro mercado de trabajo y se amplíen las desigualdades entre el empleo típico y atípico¹⁵. Pero además de ello, hay otros cambios que merece la pena comentar.

¹⁵ Según el estudio de EUROSTAT, *Labour force survey overview 2012*, mientras la tasa de temporalidad de la Unión Europea se situaba en un 13,7% en dicha anualidad, en España se situaba en un 23,6%, siendo superada únicamente por Polonia.

Desde el punto de vista formal, apenas hay variaciones. El pacto de horas complementarias sigue siendo un negocio jurídico bilateral, formal y accidental, pues no es preciso que los contratos a tiempo parcial incluyan este tipo de pacto, y, de hacerlo, su suscripción puede efectuarse en el momento de firmar el contrato o con posterioridad¹⁶.

Es importante subrayar que, como pacto accesorio al contrato, sigue su mismo curso en supuestos de suspensión, extinción o novación, de modo que aunque las horas complementarias incorporen al trabajo a tiempo parcial elementos propios del trabajo a llamada, estos no pueden desarrollarse independientemente del contrato a tiempo parcial convencional.

Se mantiene la exigencia de forma escrita del pacto, dada la trascendencia del compromiso que vincula a empresario y trabajador, pero se omite la anterior referencia al modelo oficial, con el ánimo de evitar complicaciones administrativas y simplificar su tramitación (artículo 12.5.a) ET y preámbulo del Real Decreto 16/2013)¹⁷.

Al margen de las cuestiones formales, los cambios más trascendentes se dan en el plano material, y se refieren a la ampliación de la cuantía de horas complementarias que pueden ser pactadas y a la reducción del plazo de preaviso¹⁸.

Desde 2001 la cantidad de horas complementarias que las partes podían pactar estaba limitada legalmente a fin de evitar una excesiva precarización del trabajo a tiempo parcial, teniendo en cuenta que las horas complementarias son de realización incierta, y que por tanto, proyectan una gran inseguridad en los trabajadores respecto a la cantidad de trabajo que deberán realizar, su horario y su salario efectivo. Así pues, las horas complementarias no podían superar el 15% de la jornada ordinaria contratada, si bien dicho tope era disponible para el convenio colectivo sectorial, o en su defecto de ámbito inferior, que podía sustituirlo por otro porcentaje máximo, nunca superior al 60% de las horas ordinarias contratadas (artículo 12.5.c) ET en su redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013).

Frente a este régimen, la reforma de 2013 introduce dos modificaciones. En primer lugar, eleva el tope máximo legal hasta un 30% de la jornada ordina-

¹⁶ Rodríguez Piñero-Royo, M. C. y Calvo Gallego, F. J., *Las horas complementarias y su pacto en el trabajo a tiempo parcial*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2000) 62-64.

¹⁷ En sentido crítico, contraponiendo esta medida a la reciente proliferación de nuevas modalidades contractuales a tiempo parcial, Molina Navarrete, C., "Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial", *DL*, 100 (2014) 26-28.

¹⁸ En todo caso, a tenor de la Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 16/2013, los pactos de horas complementarias suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, seguirán rigiéndose por el régimen pactado en el momento de su suscripción, salvo que las partes acuerden su modificación para adecuarlos a la nueva redacción del artículo 12.4 y 5 ET.

ria, duplicando así la horquilla puesta a disposición de la autonomía individual.

En segundo lugar, respecto a la regla convencional, el legislador evita la referencia al convenio sectorial, y la sustituye por una mención abstracta a “los convenios colectivos” para propiciar que la eventual ampliación del tope máximo de horas complementarias se lleve a cabo a nivel de empresa, como así ha sucedido. Pero además, el máximo legal se torna imperativo para el convenio, que no puede rebajarlo. Es decir, si antes el convenio podía ?jar cualquier tope de horas complementarias, incluso por debajo del máximo legal vigente, en la actualidad dicho tope debe situarse necesariamente entre el 30% y el 60% de las horas ordinarias contratadas (artículo 12.5.c) ET)¹⁹.

La nueva regulación legal refuerza el dominio de la autonomía individual respecto al pacto de horas complementarias. No solo ampliando sustancialmente la cuantía susceptible de acuerdo individual, sino también blindando el margen otorgado por la ley frente a la autonomía colectiva para evitar que ésta restrinja las facultades conferidas a las partes del contrato. En este orden de cosas, la función del convenio se reduce a ensanchar el poder de la autonomía individual mediante la ampliación del porcentaje legal, pues queda vedada la

¹⁹ En todo caso, en la práctica, los convenios suelen optar por porcentajes máximos elevados dentro de la franja que ofrece la ley. Así, entre los convenios de empresa publicados en el B.O.E. desde enero de 2014 la gran mayoría optan por el máximo del 60%. Así sucede en el Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte, B.O.E. de 25 de junio de 2014 (art. 12.A.4), el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca, B.O.E. de 15 de abril de 2014 (art. 12.A.4), el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014 (art. 16), el VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, S.A., B.O.E. de 11 de abril de 2014 (art. 27), el I Convenio colectivo de Randstad Project Services, S.L.U., B.O.E. de 24 de marzo de 2014 (art. 30), el Convenio colectivo de la Sociedad de Prevención de Fremap, S.L.U., B.O.E. de 20 de marzo de 2014 (art. 24), el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16), Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, S.L., B.O.E. de 14 de febrero de 2014 (art. 17), y el Convenio colectivo de Menzies Handling Alicante, UTE, Menzies Handling Almería, UTE, Menzies Handling Jerez, UTE y Menzies Handling Murcia, UTE, B.O.E. de 7 de enero de 2014 (art. 22). Solo en dos supuestos se opta por un porcentaje máximo de un 50% -Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L., para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y Valencia, B.O.E. de 24 de junio de 2014 (art. 17.2)-, y en otros dos supuestos el porcentaje se rebaja hasta el 40% -Convenio colectivo de Cimodin, S.L., B.O.E. de 22 de enero de 2014 (art. 10) y Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas, B.O.E. de 24 de febrero de 2014 (art. 18.2). La tendencia es la misma en los convenios de sector, que, pese a regular con parquedad las horas complementarias, suelen inclinarse por porcentajes elevados. Así, se establece un porcentaje máximo del 60% de las horas ordinarias contratadas en el Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías, B.O.E. de 27 de mayo de 2014 (art. 26) y en el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios del campo para actividades de reposición, B.O.E. de 28 de mayo de 2014 (art. 19), y de un 40% en el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 24 de mayo de 2014 (art. 19.B).

adopción de otras decisiones más favorables al interés de los trabajadores y menos proclives a la competitividad empresarial.

Algo similar sucede con el otro cambio relevante efectuado por el Real Decreto 16/2013 en el régimen de horas complementarias pactadas, que consiste en la reducción del plazo de preaviso. A tenor de la regulación vigente desde 2001, “salvo que otra cosa se establezca en convenio”, el trabajador debería conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con siete días de antelación (artículo 12.5.d) ET en su redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). El plazo de preaviso legal era, pues, una regla supletoria que actuaba en defecto de regla convencional, de modo que la autonomía colectiva no quedaba vinculada en absoluto por el plazo legal, sino que tenía plena libertad para establecer el preaviso que considerase más oportuno.

En la actualidad, el precepto mencionado indica que el trabajador debe conocer el día y hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo inferior (artículo 12.5.d) ET). Aparte de la reducción de la duración del preaviso legal de siete a tres días naturales, la regla legal parece perder, en sentido estricto, su carácter supletorio respecto a la convencional, pues el convenio únicamente puede introducir un plazo de preaviso menor²⁰. Es decir, el plazo legal de tres días se torna imperativo para la negociación colectiva, que solo puede acortarlo, pero no ampliarlo²¹.

La actual regulación del preaviso favorece los intereses empresariales en detrimento de los laborales. En el marco de las horas complementarias el preaviso sirve para poner cerco al margen de disponibilidad al que están sujetos los trabajadores a tiempo parcial, proteger el correcto ejercicio de sus derechos extra laborales y aportar cierta seguridad jurídica en cuanto a la ejecución de la prestación con cargo a horas complementarias. Pero, de forma correlativa,

²⁰ Si se observa la práctica de la negociación colectiva que ha tenido lugar tras la reforma del régimen de horas complementarias, se aprecia que la mayoría de los convenios opta por plazos más reducidos, prevaleciendo el preaviso de dos días. Como ejemplo de ello, puede verse el Convenio colectivo de Essilor España, S.A., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 19), el Convenio colectivo de Cimodin, S.L., B.O.E. de 22 de enero de 2014 (art. 10), el I Convenio colectivo de Randstad Project Services, S.L.U., B.O.E. de 24 de marzo de 2014 (art. 30.2), el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014 (art. 16.d) y el y Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L., para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y Valencia, B.O.E. de 24 de junio de 2014 (art. 17.2.d). Únicamente dos convenios se inclinan por el preaviso de tres días. Se trata del Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y el de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 21.6). Por último, llama la atención el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014, que establece un preaviso mínimo de cuatro horas (art. 16).

²¹ En sentido contrario, véase Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, *AL*, en prensa.

el preaviso limita la capacidad de respuesta empresarial frente a las circunstancias productivas que no se ha podido o sabido prever.

Por consiguiente, la duración del preaviso evidencia el balance entre los intereses empresariales y laborales. Cuanto más reducido sea, más débil será la protección que trata de dispensar, y por el contrario, mayores las posibilidades empresariales de conseguir un rápido ajuste entre la jornada laboral y las necesidades productivas.

Las modificaciones que afectan al tope de horas complementarias pactadas y al plazo de preaviso muestran cómo el actual Derecho del Trabajo ha evolucionado desde su tradicional ?nalidad de protección de la parte débil de la relación laboral y de reequilibrio de las fuerzas presentes en el mercado, a ponerse al servicio de la productividad y la competitividad empresarial²². El cambio de los ?nes perseguidos ha dado lugar a una nueva comprensión de las funciones propias de las fuentes del Derecho laboral y de las relaciones entre ellas. En los preceptos citados se advierte que la ley ya no asume la tarea de garantizar un nivel mínimo de protección para los trabajadores, y por lo tanto, tampoco tiene sentido que las normas inferiores en rango se articulen según el criterio de favor, a tenor del cual el convenio debía establecer normas más favorables a las previstas en la ley²³. En el sistema de fuentes que se atisba en la actual regulación de las horas complementarias la ley se refuerza como fuente jerárquicamente superior, capaz de vedar al convenio la tradicional facultad de mejorar ciertas condiciones laborales, pero permitiéndole favorecer el interés empresarial. La suma restricción de las posibilidades de actuación de la negociación colectiva –incluso a nivel empresarial– favorece un nuevo protagonismo de la autonomía individual, desarrollado bajo la sombra protectora de la ley.

3.2. Las horas complementarias del contrato por tiempo indefinido

Aparte de las horas complementarias pactadas, el Real Decreto-ley 16/2013 ha creado una nueva categoría de horas complementarias que no nacen de un pacto específico, sino que están implícitas en el contrato indefinido a tiempo parcial. Es decir, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013 los contratos indefinidos suscritos con anterioridad o posterioridad a dicha norma cuentan, por atribución legal, con una bolsa de horas complementarias a la que el empresario puede recurrir cuando lo necesite.

²² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, E., “Contratación a tiempo parcial y ?xibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *RL*, 2 (2014) 13, 14.

²³ Mercader Uguina, J. R., “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *REDT*, 109 (2002) 19-22, 24-27.

Sin embargo, estas horas complementarias no pueden confundirse, ni conceptualmente ni a efectos de su regulación, con las horas complementarias pactadas. De hecho, el Estatuto de los Trabajadores reconoce su plena compatibilidad. Es decir, que el empresario disponga de cierta cantidad de horas complementarias al haber suscrito un contrato a tiempo parcial indefinido, no impide que las partes suscriban un pacto de horas complementarias a fin de redoblar los elementos de gestión flexible del tiempo de trabajo. Y si esto sucede, las horas complementarias del contrato indefinido no computan a efectos de los porcentajes máximos de horas complementarias pactadas, de manera que unas y otras se suman, sin superponerse (artículo 12.5.g ET).

Mediante la introducción de esta inédita categoría de horas complementarias, el contrato por tiempo indefinido sigue siendo una herramienta más flexible que el contrato temporal a tiempo parcial. Y no solo por la posibilidad de acumular varios tipos de horas complementarias, sino también por el hecho de que las horas complementarias vienen dadas con el contrato, sin necesidad de pacto.

En cuanto a su régimen jurídico, en términos comparativos llama la atención su simplicidad, mediante la que sin duda se pretende facilitar el uso de este mecanismo.

El único elemento similar respecto a las horas complementarias pactadas es la acotación de su cuantía, para la que se eligen, sin embargo, porcentajes bien diferentes. Así, las horas complementarias realizadas en virtud del contrato por tiempo indefinido no podrán superar el 15% de la jornada ordinaria, aunque el convenio colectivo podrá ampliar dicho porcentaje hasta un 30%²⁴. Pese a que el nivel real de flexibilidad dependerá de la posición de la negociación colectiva frente a los porcentajes máximos de los dos tipos de horas complementarias, y sobre todo, de las decisiones tomadas por las partes del contrato, es evidente el deseo del legislador de reservar las cuotas más altas de jornada complementaria al espacio del pacto, donde su ejecución puede ser exigida por el empresario. No obstante, la flexibilidad intrínseca al contrato por tiempo indefinido no resulta desdeñable.

²⁴ De los convenios suscritos desde enero de 2014 que abordan esta materia, todos salvo uno optan por el porcentaje máximo, esto es, el 30% de las horas ordinarias pactadas. Se trata del XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Operadora, S. Unipersonal, B.O.E. de 22 de mayo de 2014, (Segunda Parte, art. 1), el Convenio colectivo de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 21.5), Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16), Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte, B.O.E. de 25 de junio de 2014 (art. 12.A.4). Solo el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014, limita el porcentaje de horas complementarias de aceptación voluntaria en el contrato por tiempo indefinido a un 15% de la jornada ordinaria (art. 16.g).

Según el Estatuto de los Trabajadores, las horas complementarias del contrato indefinido podrán ser ofrecidas “en cualquier momento”. Mediante esta expresión seguramente se pretende excluir cualquier plazo de preaviso, tanto legal como convencional²⁵. Pero además podría significar la disponibilidad del trabajador fuera de su horario de trabajo para recibir la oferta de horas complementarias. Ello implicaría una doble vinculación del tiempo de no trabajo, por un lado, para ejecutar la prestación laboral correspondiente a las horas complementarias, y por otro lado, para atender posibles requerimientos del empresario, sean de ejecución inmediata o no. Esta interpretación, plausible a la vista del tenor literal de la norma, colocaría al trabajador indefinido a tiempo parcial en una situación de sujeción similar a la que comportan las guardias de disponibilidad horaria, en especial si la distribución de las horas complementarias es libre. El único factor que atenúa en cierta medida tal disponibilidad es la atribución al trabajador de la posibilidad de rechazar la oferta empresarial sin resultar sancionado por ello²⁶.

A través de todos los elementos descritos se vislumbra cierta semejanza entre las horas complementarias del contrato indefinido y las horas extraordinarias. Es probable que, tras el breve periodo de tiempo en que estuvieron vigentes las horas extras en el trabajo a tiempo parcial, se considerase positiva la convivencia dentro de los contratos indefinidos de las horas complementarias y de otro instrumento de ampliación de la jornada menos complejo, más inmediato y algo menos vinculante para los trabajadores. Las horas complementarias propias del contrato indefinido nacen, por tanto, como un *tertium genus* que toma caracteres tanto de las horas complementarias pactadas –su uso exclusivo como instrumento de ampliación de jornada, no susceptible de compensación con descansos–, como de las horas extras –no necesidad de pacto previo, ausencia de preaviso y carácter voluntario–.

Sin embargo, no hay que soslayar que el nivel de ampliación de jornada que comportan las horas complementarias propias de los contratos indefinidos es entre tres y seis veces superior al que podían generar las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial.

Solo resta hacer dos consideraciones en torno a la nueva categoría de horas complementarias. La primera es que en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida una parte de la jornada que el trabajador asume en virtud

²⁵ De hecho, los convenios colectivos que se refieren a estas horas complementarias no regulan el plazo de preaviso, y si lo hacen, es para indicar que será el que pacten empresa y trabajador. Véase, en este sentido, el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16).

²⁶ Véase, en tomo al alcance de esta regla, Molina Navarrete, C., “Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial”, cit., 34.

de su contrato está indeterminada *a priori*, pues no se sabe si el empresario hará uso del porcentaje de horas complementarias que la ley pone a su disposición o no, y, si lo hace, en qué cantidad. Se puede pensar que esa relativa indeterminación existía ya en la regulación anterior. Pero antes de la reforma las horas complementarias no eran una condición intrínseca al contrato a tiempo parcial indeterminado, de modo que las partes decidían libremente y de común acuerdo si añadían ese margen de incertidumbre a la jornada pactada, y para ello, como se ha visto, era preciso un pacto expreso, escrito y en modelo oficial.

No cabe duda de que hay en la regulación de la jornada del contrato a tiempo parcial, sobre todo del indeterminado, una tendencia clara hacia fórmulas de trabajo a llamada o en función de necesidades empresariales que han tenido y tienen notable presencia en ordenamientos laborales de nuestro entorno, pero que hasta ahora no han sido implantadas en España²⁷. En todo caso, la determinación de la cantidad máxima de horas complementarias tomando como referencia la jornada ordinaria, así como el carácter accesorio del pacto de horas complementarias respecto al contrato a tiempo parcial, garantizan que la jornada “a llamada” está indisolublemente ligada a una jornada convencional que aporta al trabajador seguridad jurídica respecto a cierta cantidad de trabajo comprometida y su correspondiente salario. De este modo, se puede decir que el contrato a tiempo parcial con pacto de horas complementarias, o el contrato a tiempo parcial indeterminado -con o sin pacto- son una modalidad mixta o “rebajada” del contrato a cero horas²⁸.

La segunda y última consideración versa sobre el espacio exiguo que el legislador reserva a la autonomía colectiva en la regulación de las horas complementarias del contrato por tiempo indeterminado. La única llamada al convenio colectivo se refiere a la posibilidad de que éste amplíe el porcentaje de horas complementarias asociadas al contrato; ampliación que satisface en mayor medida los intereses empresariales que los de los trabajadores. Al margen de ello, los términos imperativos que usa el legislador excluyen la posibilidad de que

²⁷ Conviene recordar el rechazo del Tribunal Supremo a la introducción de cláusulas de trabajo a llamada en modalidades contractuales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores en las dos sentencias de 17 de diciembre de 2001, rec. cas. núm. 68/2001 y rec. cas. núm. 66/2001.

²⁸ *Zero-hours contract* es una expresión coloquial que se refiere a diversas modalidades de trabajo flexible -*flexible working arrangements*- que han proliferado especialmente en Reino Unido al amparo de una legislación laboral muy poco incisiva, característica de los sistemas de *common law*. En general, con esta expresión se hace referencia a una forma de trabajo asalariado en la que el trabajador no tiene garantizada su ocupación efectiva y sin embargo permanece disponible para prestar servicios cuando el empresario lo necesite. Sobre esta modalidad de trabajo, y su incidencia reciente en Reino Unido, véase Lang, C., Schömann, I. y Clauwaert, S. “Atypical forms of employment contracts in times of crisis”, *ETUI Working Paper*, 3 (2013) 18-20, Brinkley, I., *Flexibility or insecurity? Exploring the rise in zero hours contracts*, The Work Foundation-Lancaster University, August (2013) 10-14 y Pyper, D. y McGuinness, F., *Zero-hours contracts*, Standard Note SN/BT/6553, House of Commons Library, (2014) 1-19.

el convenio colectivo establezca un límite de horas complementarias inferior al legal, o que introduzca un plazo de preaviso. De nuevo el deseo de blindar las prerrogativas que la ley concede a los empresarios conduce a un reforzamiento del carácter imperativo de la regulación, que acaba ocupando terrenos que podían ser propios de la negociación colectiva.

4. GARANTÍAS LABORALES FRENTE A LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

El régimen jurídico de las horas complementarias acusa un marcado desequilibrio entre la satisfacción de los intereses empresariales y los laborales. Pese a todo, se han incorporado algunos elementos cualitativos mediante los que se trata de ofrecer ciertas garantías o facultades a los trabajadores frente a la aplicación de los regímenes de horas complementarias. Si tales garantías son capaces de reequilibrar la balanza entre flexibilidad y seguridad en el marco de las horas complementarias se verá a continuación.

4.1. Prohibición de las horas complementarias en contratos con microjornada

Algunas características del actual sistema productivo, como la fuerte competitividad en un entorno globalizado o la inestabilidad de la demanda, explican la proliferación del trabajo atípico en los mercados laborales occidentales. La Unión Europea ha mostrado desde hace tiempo su preocupación por estas formas de trabajo, habiendo elaborado varias directivas sobre el trabajo a tiempo parcial, contratos temporales, o trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal²⁹. Sin embargo, una de las características del trabajo atípico es su versatilidad, hasta el punto de que más allá de las formas de trabajo atípico convencionales, como la contratación temporal o a tiempo parcial, están emergiendo otras fórmulas de trabajo no estándar, como los contratos a cero horas o el trabajo a llamada, que plantean desafíos no resueltos respecto a la protección de los derechos laborales. Partiendo de esta situación, a nivel teórico ya se ha propuesto una distinción entre trabajo atípico y trabajo muy atípico, para llamar la atención sobre un grado más profundo de precariedad laboral que se produce dentro de la legalidad y se caracteriza

²⁹ Directivas 1997/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, 1999/70/CE del Consejo; de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; y 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

por condiciones de trabajo más flexibles, menos costosas y dotadas de menor protección, o bien por la acumulación de varios elementos convencionales de precariedad en una única relación laboral³⁰.

Los trabajadores contratados bajo modalidades contractuales muy atípicas se encuentran en una situación especialmente vulnerable respecto a los riesgos asociados al trabajo no estándar, que pueden resumirse en un difícil acceso a la formación, salarios muy bajos, escasa protección social, nulas perspectivas de desarrollar una carrera profesional, y una vida laboral construida a base de tránsitos entre diferentes formas de trabajo atípico y periodos de desempleo. Por ello deberían contar con medidas especiales de protección que les permitiesen ejercitar sus derechos laborales, aunque sea en el marco de formas de trabajo muy poco convencionales.

Los contratos a tiempo parcial con una jornada inferior a diez horas de trabajo semanal se consideran comprendidos en el concepto de trabajo muy atípico³¹. En estos contratos se acentúan algunas de las tendencias observadas en la práctica sustantiva del trabajo a tiempo parcial. Así, por regla general son contratos que afectan en mayor medida a los jóvenes, aunque también a los trabajadores con edades próximas a la jubilación, suelen darse en puestos de trabajo no cualificados del sector agrícola, hostelero o de la construcción, y en muchos casos se desarrollan en franjas horarias o semanales inconvenientes.

La última reforma del trabajo a tiempo parcial ha tenido en cuenta la especial vulnerabilidad de los trabajadores con micro-jornada a la hora de regular el régimen de las horas complementarias. Con el ánimo de protegerles frente a la disponibilidad que comportan las horas complementarias, y de evitar una acumulación excesiva de elementos de precariedad laboral, se prohíbe la aplicación de cualquier régimen de horas complementarias –tanto pactadas como propias del contrato indefinido– en los contratos cuya jornada sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual (art. 12.5.b) y g) ET). La medida debe ser bien recibida por su sesgo protector y porque contribuye a poner de relieve la diversidad de situaciones, muy dispares entre sí, que comprende el trabajo a tiempo parcial, y que, sin embargo, suelen ser objeto

³⁰ El concepto de trabajo muy atípico se ha desarrollado principalmente en los dos siguientes informes de Eurofound: Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, Eurofound (2010) y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, Eurofound (2010). Sobre este concepto, véase también Giubboni, S., Caldarini, C. y McKay, S., "The 'place' of atypical work in the European social security coordination: A transnational comparative analysis (Belgium, France, Germany, Italy, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom)", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes*, 2 (2014).

³¹ Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, cit. y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, cit., 7-10.

de un tratamiento jurídico homogéneo. Pero precisamente, una vez demostrada esa sensibilidad frente al trabajo muy atípico, el legislador debería haber sido más exhaustivo.

Los mismos estudios que califican a los contratos a tiempo parcial de menos de diez horas como formas de trabajo muy atípicas, extienden dicha calificación a los contratos temporales con una duración de seis meses o inferior³². No obstante, en estos supuestos el ordenamiento no prohíbe el pacto de horas complementarias. Es cierto que en los contratos a tiempo parcial de muy corta duración –hasta tres meses aproximadamente–, la jornada ordinaria difícilmente alcance las diez horas semanales de promedio en cómputo anual, de modo que, según una interpretación literal de la norma, no cabría la suscripción del pacto de horas complementarias (arts. 12.5.b) ET)³³. Pero conforme se va ampliando la duración del contrato dicha posibilidad se va reduciendo y el trabajador queda desprotegido ante la introducción de un nuevo elemento de precariedad laboral que se suma a la parcialidad y la temporalidad. Por ello, hubiera sido deseable que la prohibición de suscripción del pacto de horas complementarias se extendiese a los contratos temporales de duración inferior a seis meses.

4.2. Voluntariedad en la realización de las horas complementarias

Ya desde su Exposición de Motivos, el Real Decreto-ley 16/2013 se empeña en enfatizar la voluntariedad de las horas complementarias vinculadas a los contratos indefinidos, refiriéndose a ellas como horas complementarias “voluntarias” frente a las “pactadas”. Y es que en el contrato indefinido, la voluntariedad asume el papel de contrapeso frente a la fuerte carga de disponibilidad que por mandato legal imperativo se inserta en la relación laboral, y respecto a la cual no hay un consentimiento expreso y separado del trabajador, como sucedía en la regulación anterior.

En el presente trabajo, sin embargo, se ha optado por no recoger la denominación propuesta por el legislador³⁴, por dos razones. En primer lugar, porque si la voluntariedad se refiere a la concurrencia de consentimiento del trabajador, los dos tipos de horas son voluntarias, solo que el consentimiento

³² Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, cit. y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, cit., 11-13.

³³ Se inclina por una interpretación opuesta, basada en la intención del legislador. Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

³⁴ Crítica la denominación de las horas complementarias “de aceptación voluntaria”, Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *RL*, 3 (2014) 46, 48.

se manifiesta en diferentes momentos. Mientras que en las pactadas la voluntad del trabajador se expresa una única vez, al suscribir el pacto de horas complementarias, que a partir de ahí vincula en virtud del principio *pacta sunt servanda*, en las horas propias del contrato independiente la prestación o no del consentimiento se produce ante cada oferta empresarial. Y, en segundo lugar, porque si la voluntariedad se refiere a la libertad de decisión del trabajador, como pretende la norma, hay poderosas razones para dudar de la efectiva concurrencia de la misma.

Pero antes de escrutar la pretendida voluntariedad de las horas complementarias propias del contrato por tiempo independiente, es preciso hacer una serie de consideraciones respecto a la voluntariedad/obligatoriedad de las horas complementarias pactadas.

4.2.1. Elementos de voluntariedad/obligatoriedad en torno al pacto de horas complementarias

Como todo producto de la autonomía individual, el pacto de horas complementarias nace de un acto caracterizado por la concurrencia libre y voluntaria del consentimiento de las partes. Ahora bien, el examen de los elementos de voluntariedad/obligatoriedad que surgen en torno a dicho pacto no puede pasar por alto la reciente posibilidad de suscribir pactos de horas complementarias en los contratos temporales. Cabe esperar que cuanto más precario sea el vínculo contractual, menor peso tenga la libre voluntad del trabajador en la suscripción del pacto. Sin duda, en los contratos temporales la decisión del trabajador de aceptar o rehusar el pacto de horas complementarias estará influida por el temor a que el contrato no se prorrogue, o a no ser nuevamente contratado tras su extinción³⁵. Asimismo tampoco conlleva en que el consentimiento se exprese con plena libertad en el contexto de otras modalidades contractuales no estrictamente temporales, pero caracterizadas por una profunda precariedad, como el contrato de apoyo a los emprendedores, que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013 puede suscribirse a tiempo parcial.

Una vez que las partes han concluido el pacto de horas complementarias, la voluntariedad es sustituida por la obligatoriedad, pues el empresario adquiere la facultad de exigir las y el trabajador de someterse a dicha exigencia, so pena de ser sancionado de forma disciplinaria. Los dos únicos supuestos en los que el trabajador podría verse relevado de su obligación son el incumplimiento de los requisitos que rodean la exigencia de las horas complementarias y la renuncia al pacto.

El régimen vigente con anterioridad ya preveía que la negativa del trabajador a realizar horas complementarias no constituiría conducta laboral sanciona-

³⁵ Miñarro Yanini, M., "El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia", cit., 47.

ble cuando se incumpliesen los requisitos legales y, en su caso, las disposiciones establecidas en los convenios colectivos de aplicación (artículo 12.5.h) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). La nueva regulación mantiene en esencia esta regla, pero con un matiz que no debe ser desatendido, y es que desaparece la referencia al régimen convencional (artículo 12.5.f) ET). Pese a esta omisión, no cabe duda de que el rechazo a realizar horas complementarias exigidas con vulneración de los requisitos convencionales –por ejemplo, superando los porcentajes máximos previstos en el convenio, o sin respetar el plazo de preaviso convencional- no resulta sancionable, pues el trabajador no está obligado a obedecer órdenes ilegítimas³⁶. Por ello, la omisión al régimen de horas complementarias que el convenio pueda establecer debe interpretarse como una manifestación más del deseo del legislador de que la intervención de la negociación colectiva en esta materia sea mínima, y no vaya más allá de los asuntos en los que la ley reenvía al convenio con una clara intención liberalizadora.

La renuncia al pacto de horas complementarias no se ha modificado, a pesar de que diversos elementos de la reforma incrementan la disponibilidad de los trabajadores a tiempo parcial sujetos al pacto –piénsese, entre otros, en la reducción del preaviso, la ampliación del porcentaje máximo legal de horas complementarias pactadas y la posibilidad de que éstas se acumulen a las propias del contrato indefinido-. En un escenario de extensas posibilidades de uso y gestión empresarial del tiempo de trabajo complementario hubiera sido razonable dar asimismo al trabajador mayor libertad para desvincularse del pacto suscrito. Más que la ampliación de las causas tasadas de renuncia, sin duda demasiado restrictivas, parecía aconsejable dar validez a la renuncia *ad nutum*, probablemente en conjunción con un preaviso más largo, equilibrando así las facultades conferidas a las partes. Sin embargo, la flexibilidad que el legislador aplica con generosidad cuando se trata de favorecer el interés empresarial se torna en rigidez cuando los intereses merecedores de atención son los de los trabajadores a tiempo parcial.

Además de la concurrencia de causa y de un preaviso de quince días, la renuncia al pacto de horas complementarias precisa que haya transcurrido un año desde su suscripción (artículo 12.5.e) ET). Este requisito, que puede tener cierta coherencia en un sistema de horas complementarias asociado al contrato indefinido, no se ajusta al actual panorama en el que las horas complementarias pueden pactarse en los contratos temporales. Si el contrato es inferior a un año, el trabajador temporal simplemente no tendrá ninguna posibilidad de renunciar al compromiso adquirido durante toda su relación laboral, aunque concurren causas muy justificadas incompatibles con la disponibilidad derivada de las horas complementarias –por ejemplo, la suscripción de otro contrato de traba-

³⁶ En el mismo sentido, Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

jo, o la hospitalización de un hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave-. Parece claro que la normativa vigente está privando al trabajador temporal a tiempo parcial de su capacidad para hacer efectivo el ejercicio de ciertos derechos de conciliación, formación o acceso a otro empleo, situándole a las puertas de la extinción voluntaria de la relación laboral, con la consiguiente pérdida de la posibilidad de acceder a prestaciones por desempleo.

Pero incluso si la duración del contrato es superior a un año, cabe preguntarse si el blindaje del pacto de horas complementarias durante un año es proporcional respecto a la duración de la relación laboral, o resulta abusivo.

4.2.2. Voluntariedad en el ajuste continuo de las horas complementarias en el contrato indefinido

Como se ha apuntado, donde el legislador de urgencia pretende introducir importantes elementos de voluntariedad es en las horas complementarias vinculadas al contrato indefinido. La posibilidad de que las partes del contrato lleven a cabo un ajuste continuo de la duración de la jornada a las necesidades productivas en virtud de múltiples acuerdos ad hoc no había sido contemplada hasta ahora por el ordenamiento laboral, aunque sí ha tenido incidencia en otros ordenamientos de nuestro entorno. En la sentencia *Wippe*³⁷ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas examinó la adecuación al Derecho comunitario de un contrato a tiempo parcial en el que la entera duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo no estaban establecidas de antemano, sino que dependían de la carga de trabajo y debían determinarse caso por caso, siendo libre la trabajadora de aceptar o rechazar cada trabajo propuesto. Precisamente, la concurrencia de esa libertad de decisión frente a cada oferta empresarial llevó al Tribunal a entender que la situación de los trabajadores a tiempo parcial –en su práctica totalidad mujeres– no era comparable con la de los trabajadores a tiempo completo, que si bien gozaban de mayor seguridad jurídica respecto a la duración y distribución de su jornada, estaban sujetos a la obligación de prestar servicios, sin poder eludirlos. Al no haber un término válido de comparación se desechó que los trabajadores a tiempo parcial recibiesen un trato menos favorable que quienes trabajaban a tiempo completo o que fuesen objeto de una discriminación indirecta por razón de sexo³⁸.

³⁷ STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02.

³⁸ En su fallo, la sentencia declara esta modalidad contractual acorde con la cláusula 4 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y con los artículos 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Sobre el razonamiento circular de esta sentencia, véase Militello, M., "Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT*, 42 (2005) 14-23.

La sentencia *Wippel* aleja del régimen de las horas complementarias del contrato indefinido cualquier sospecha de vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. No obstante, es posible hacer algunas consideraciones de orden práctico sobre la libertad para aceptar o rechazar la oferta de horas complementarias, ya que las normas jurídicas no operan en el vacío, sino que nacen para ser aplicadas en contextos sociales concretos.

Por regla general, en España el trabajo a tiempo parcial es involuntario, es decir, la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial quisieran tener un empleo a tiempo completo, pero no lo han logrado³⁹. Las horas complementarias del contrato indefinido se adaptan mejor al perfil de este trabajador, supuestamente dispuesto a trabajar más, que al de quien elige el trabajo a tiempo parcial para compatibilizar su prestación laboral con otras actividades. Sin embargo, el trabajador que incrementa su jornada con horas complementarias no deja de ser un trabajador a tiempo parcial, y aunque su jornada efectiva se acerque a la de los trabajadores a tiempo completo, no es probable que se produzca el tránsito hacia el trabajo típico, a la vista de las extensas posibilidades de ajuste en la gestión de los recursos humanos y en los costes laborales que ofrecen las horas complementarias. Paradójicamente, pues, el régimen de horas complementarias establecido por el Real Decreto-ley 16/2013 contribuye a aproximar a trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo por lo que se refiere a la duración de su jornada, pero los aleja tajantemente si se atiende al conjunto de derechos y obligaciones que ambos asumen en virtud de sus respectivas relaciones laborales. De este modo, se consolida la tendencia del mercado laboral español hacia el estancamiento de los trabajadores en el trabajo a tiempo parcial involuntario⁴⁰, con las consecuencias negativas que ello puede acarrear a medio y largo plazo⁴¹.

Por otro lado, la tasa de paro en España en el último cuatrimestre de 2013 -fecha de publicación de la reforma laboral que se está comentando- se situaba en un 26,03%⁴². En semejante contexto no es posible hablar en sentido riguroso de "aceptación voluntaria" del trabajador de la oferta de horas complementarias. Es obvio, y no requiere grandes explicaciones, que

³⁹ Así lo advierte la OCDE, *Society at a glance 2014: OECD social indicators*, OECD (2014) 98, 99.

⁴⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)", cit., 10.

⁴¹ Para una descripción de las mismas, puede consultarse Ashiagbor, D., "The European Employment Strategy and the regulation of part-time work", *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union. A comparative Analysis*, Sciarra, S., Davies, P. y Freedland, M. (eds.). Cambridge University Press (2004) 59-61.

⁴² Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Población Activa*, <http://www.ine.es>.

su libertad de decisión estará seriamente limitada y condicionada por el temor a resultar perjudicado por la no aceptación. Y aunque el Estatuto de los Trabajadores prohíbe la imposición de sanciones disciplinarias a causa del rechazo de las horas complementarias propuestas, tal protección no alcanza a otras consecuencias negativas que pueden derivarse del ejercicio legítimo del poder organizativo del empresario. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de quedar relegado frente a otros compañeros en futuras ofertas de trabajo complementario, o no ser elegido para ocupar un puesto de trabajo a jornada completa, o ser objeto de una medida de movilidad geográfica o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo mediante las que se busca una mejor ordenación de los recursos humanos atendiendo a la productividad demostrada, o ser seleccionado frente a otros trabajadores más productivos para formar parte de un expediente de regulación de empleo. Además, en las empresas con una organización empresarial horizontal, la negativa a realizar horas complementarias puede ser interpretada como una falta de compromiso o de implicación del trabajador en los fines empresariales.

La libertad para aceptar o rechazar las horas complementarias propias del contrato indefinido tampoco es igual durante toda la relación laboral. Así, dicha libertad será muy reducida durante el periodo de prueba. Y a este respecto hay que referirse otra vez al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores suscrito a tiempo parcial. En este caso, la aceptación de las horas complementarias ofrecidas por el empresario durante el largo periodo de prueba de un año de duración no puede calificarse con rigor de voluntaria.

Por último, hay que decir que, en términos comparativos, el régimen de horas complementarias asociado al contrato indefinido es tanto o más vinculante que el pacto de horas complementarias. Y ello porque aparte de la disponibilidad que tiñe el tiempo de no trabajo de la incertidumbre respecto a la ejecución de una eventual prestación laboral, el trabajador indefinido asume, sin poder evitarlo, una disponibilidad personal que le obliga a recibir las ofertas empresariales de trabajo complementario, y a contestarlas en sentido positivo o negativo. En el régimen jurídico de las horas complementarias pactadas ambos tipos de disponibilidad pueden excluirse de una sola vez con la negativa a suscribir el pacto. En cambio, el trabajador con contrato indefinido no puede eludir la sujeción a requerimientos empresariales, cuya reiteración puede reducir de hecho su libertad para rechazar la realización de horas complementarias. Desde que la solicitud empresarial de las horas complementarias se integra en la estructura legal del contrato a tiempo parcial, se pierde la posibilidad de excluir de una vez por todas el recurso a las horas complementarias.

4.3. El registro diario de las horas complementarias

La última medida orientada a la protección los derechos de los trabajadores a tiempo parcial pretende instaurar un mayor control respecto al cómputo de la jornada ordinaria y complementaria.

Para ello, se obliga al empresario a llevar un registro de jornada diario en el que se plasmen las horas ordinarias y complementarias realizadas, entregando al trabajador cada mes, junto con su recibo de salarios, una copia del resumen mensual relativo a su jornada. Se añade la obligación de conservar los resúmenes mensuales durante al menos cuatro años, con la evidente intención de que puedan ser objeto de control por la autoridad laboral y, en su caso, judicial. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones conduce a la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe el carácter parcial de los servicios (artículo 12.5.h) ET).

De nuevo parece que la experiencia de la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial ha dejado su huella, ya que el Estatuto impone una obligación similar relativa al registro de las horas extraordinarias (artículo 35.5 ET).

La introducción de esta medida ha de ser valorada positivamente, ya que en ciertos ámbitos los excesos de trabajo no retribuidos sobre la jornada pactada son muy frecuentes, y no cabe duda de que tanto la nueva obligación como su consecuencia jurídica suponen, cuando menos, un obstáculo para este tipo de prácticas⁴³. Además, hay que tener en cuenta que tras la reforma la cantidad de horas complementarias puede ser mayor, especialmente en los contratos indefinidos, donde a las horas complementarias propias del contrato pueden sumarse las pactadas. Por eso, es de esperar que algunos contratos a tiempo parcial tengan jornadas globales solo ligeramente inferiores a los contratos a tiempo completo. En esos casos, el registro diario de la jornada y su resumen mensual funcionan como un importante medio para controlar que no se traspase, ni siquiera circunstancialmente, la delgada línea que separa el trabajo a tiempo parcial del trabajo a tiempo completo, o para detectar trabajo a tiempo completo encubierto.

Además, la obligación de registro diario de las horas ordinarias y complementarias es muy relevante cuando concurren otros mecanismos de gestión flexible del tiempo de trabajo, como la distribución irregular de la jornada ordinaria. Un adecuado respeto de los derechos de los trabajadores y una correcta gestión empresarial exige el cómputo diario de las horas de trabajo y la imputación de tales horas, cuando exceden del horario pactado, a

⁴³ Lousada Arochena, J. F., "La reforma de la regulación contractual del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, 162 (2014) 136.

la jornada ordinaria o a las horas complementarias. La identificación en este sentido del trabajo prestado es fundamental para garantizar la regularización de la jornada ordinaria en el periodo que se haya establecido, y para no excederse de la cantidad pactada y/o legal de horas complementarias. De hecho, y con la misma finalidad, en el caso de contratos indefinidos con horas complementarias pactadas habría que identificar qué horas se han realizado como consecuencia del pacto, y qué horas proceden de la aceptación voluntaria de la oferta empresarial.

Por último, dicha identificación es esencial a efectos retributivos, pues si bien la distribución irregular de la jornada no suele alterar el salario mensual del trabajador, ya que en términos globales la duración de la jornada pactada no varía, las horas complementarias son un instrumento que incide sobre la duración de la jornada –y solo secundariamente sobre su distribución–, de modo que han de ser inmediatamente retribuidas⁴⁴. Sin duda, esta es la intención de la ley cuando obliga a entregar mensualmente, junto con el recibo de salarios, el resumen de las horas ordinarias y complementarias realizadas en el mes anterior. De esta manera el trabajador puede comprobar de inmediato si las horas complementarias realizadas han sido pagadas.

5. LA GESTIÓN FLEXIBLE DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL

5.1. La distribución irregular de la jornada ordinaria

Al margen de las horas complementarias, la jornada ordinaria de los contratos a tiempo parcial también puede ser gestionada de forma flexible.

Las reglas generales de distribución irregular de la jornada previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y pensadas con referencia al trabajo a tiempo completo, son aplicables sin modulaciones a los trabajadores a tiempo parcial (artículo 34.2 ET). Pero su proyección sobre éstos provoca una disponibilidad mayor que la que afecta a los trabajadores a tiempo completo, simplemente porque el tiempo de no trabajo del trabajador a tiempo parcial –esto es, aquél que no integra ni la jornada ni los descansos– es más extenso que el del trabajador a tiempo completo, y sin embargo, queda afectado en su totalidad por la posibilidad de alteración de horarios de trabajo como consecuencia de la distribución irregular⁴⁵.

⁴⁴ Por eso son contrarias a la ley las disposiciones convencionales que prevén la posibilidad de compensar las horas complementarias con tiempo de descanso retribuido. Véase, como ejemplo de este tipo de cláusulas, el artículo 21.7 del Convenio colectivo de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014.

⁴⁵ Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, cit., 102, 103.

Eso sí, la ley mantiene una exigencia de seguridad jurídica a favor de los trabajadores a tiempo parcial, ya que en el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo contratadas al día, a la semana, al mes o al año, así como su distribución, añadiendo el Real Decreto-ley 16/2013, “según lo previsto en el convenio colectivo” (artículo 12.4.a) ET). Si antes de la reforma la necesidad de hacer constar la distribución de la jornada ya había sido objeto de una interpretación laxa, la actual remisión al convenio colectivo parece confirmar este criterio, de modo que para cumplir la normativa bastaría con reproducir en el contrato de trabajo las pautas convencionales⁴⁶. El valor conferido a este contenido necesario del contrato a tiempo parcial, cuya relevancia es seguramente informativa, es tal que la ausencia de los mencionados datos conduce a la presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

Por consiguiente, el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa, establecerán las normas de distribución irregular de la jornada a tiempo parcial, o simplemente, enunciarán unas reglas generales aplicables con independencia de la modalidad contractual. Lo más probable es que esta regulación se lleve a cabo a nivel de empresa, pues el convenio colectivo empresarial tiene prioridad aplicativa respecto a la distribución irregular de la jornada, y también es posible el descuelgue del convenio sectorial en esta materia, si concurren los requisitos legales (artículo 84.2.c) y 82.3.b) ET)⁴⁷.

En defecto de pacto, el empresario podrá distribuir de forma irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial. No obstante, una lectura de esta regla a la luz del principio de proporcionalidad como garante de la igualdad efectiva entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, puede llevar a concluir que dicho porcentaje debería aplicarse a los trabajadores a tiempo parcial en proporción a la jornada ordinaria contratada⁴⁸. Con ello se reduciría en cierta medida la disponibilidad que pesa sobre los trabajadores a tiempo parcial como resultado de la distribución irregular de la jornada.

En cuanto su colocación, la jornada irregular está sujeta a las reglas sobre descansos mínimos diario y semanal del Estatuto de los Trabajadores (artículos 34.2 y 37.1 ET). También hay que tener en cuenta el tope de jornada máxima

⁴⁶ Véase al respecto Martínez Yáñez, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2011) 137-142 y, en sentido crítico con la reforma, Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

⁴⁷ En todo caso, no cabe menospreciar la relevancia práctica del convenio sectorial en un sistema productivo dominado por pequeñas empresas y micro empresas (Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *RL*, 12 (2013) 209-211).

⁴⁸ Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, cit., 101, 102.

diaria de nueve horas, que sin embargo, es dispositivo por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa. Todos estos límites operan frente a la jornada total del trabajador a tiempo parcial, sin distinción entre horas ordinarias y horas complementarias.-

Los posibles perjuicios ocasionados a los trabajadores a tiempo parcial por la aplicación de unos topes únicos de jornada máxima y distribución del tiempo de trabajo pensados a medida de los trabajadores a tiempo completo, fueron examinados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Wippel*. Pero, sin apenas razonamiento jurídico previo, el Tribunal concluyó que este proceder no conlleva un tratamiento menos favorable de los trabajadores a tiempo parcial frente a quienes trabajan a tiempo completo, por lo que no vulnera las cláusulas de no discriminación establecidas en las Directivas 97/81 y 76/207⁴⁹.

En el ordenamiento interno, el único límite adicional a la distribución irregular que opera en el trabajo a tiempo parcial se refiere a los supuestos en que la jornada diaria sea inferior a la jornada de los trabajadores a tiempo completo y se realice de forma partida. En tal caso, solo será posible efectuar una única interrupción, salvo que disponga otra cosa el convenio colectivo (artículo 12.4.b) ET). También aquí la anterior referencia al convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior, es sustituida por una llamada en abstracto al convenio, con la intención de favorecer la regulación de esta cuestión a nivel de empresa. Pero en este nivel de negociación el interés empresarial puede presionar con mayor fuerza a favor de interrumpir en más de una ocasión la jornada diaria, y la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores puede ser menor por diversas razones. Por consiguiente, la actual regulación es en este punto menos garantista que la anterior.

Por lo demás, la gestión de la distribución irregular de la jornada ordinaria a tiempo parcial también se sujeta a las reglas de preaviso y de compensación de los excesos y defectos de jornada establecidas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores.

El preaviso mínimo de cinco días para conocer el día y hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular contrasta con el preaviso legal de tres días para las horas complementarias pactadas, o con la inexistencia de preaviso respecto a las horas complementarias derivadas del contrato indefinido⁵⁰. No obstante, hay que llamar la atención sobre el hecho de que en la distribución irregular de la jornada el preaviso, tal y como ha sido definido en la ley, solo opera respecto a los incrementos de jornada, pero no frente a

⁴⁹ Apartados 48 a 51 de la STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02.

⁵⁰ Se muestra muy crítico con estas diferencias Cabeza Pereiro, J., "Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social", cit.

los descansos compensatorios. Motivos de seguridad jurídica y de un mejor aprovechamiento por parte del trabajador –sea a tiempo parcial o a tiempo completo- de sus momentos de no trabajo exigen que también deba respetarse un plazo de preaviso similar al legal para la notificación del día y hora de disfrute de los descansos compensatorios. El convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa, deberían velar por el establecimiento de este tipo de garantías.

En cuanto a la compensación de excesos y defectos de jornada, el Estatuto de los Trabajadores ha mostrado tradicionalmente su inclinación por el periodo anual. Así se aprecia en la regla sobre jornada máxima semanal, concebida como un promedio en cómputo anual, o en la facultad conferida a la autonomía colectiva y, en su defecto, al empresario para distribuir irregularmente la jornada “a lo largo del año” (artículo 34.1 y 2 ET).

Sin embargo, estas normas no son conformes con la Directiva sobre tiempo de trabajo⁵¹, que, como regla general, concede a los Estados la facultad para establecer periodos de referencia que no excedan de cuatro meses de duración (artículo 16.b) de la Directiva 2003/88/CE). Es cierto que la Directiva contempla numerosas excepciones a dicha regla general, vinculadas a sectores o profesiones concretas, o bien a la capacidad de decisión atribuida a la negociación colectiva nacional o regional (artículos 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE). Pero en tales casos el periodo de referencia no podría ser superior a seis meses (artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE).

Y también es cierto que, por otro lado, se atribuye a los Estados la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos establezcan periodos de referencia más amplios, pero en ningún caso superiores a doce meses (artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE).

Por tanto, la imposición por parte del Estado español, a través de la ley y de forma incondicionada, de un periodo de referencia anual, no se ajusta a ninguna de estas excepciones y tampoco a la regla general⁵².

Ahora bien, esta situación de conflicto con el Derecho de la Unión Europea se ha complicado y agravado tras la reforma de la distribución irregular de la jornada acometida por el Real Decreto 16/2013 (artículo 1). Así, tras determinar que la compensación de los excesos y defectos de jornada derivados de la distribución irregular se regulará según lo dispuesto en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo de empresa, se añade una regla supletoria a tenor de la cual las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan

⁵¹ Directiva 2003/88/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁵² Martínez Yáñez, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, cit., 363-370.

(artículo 34.2 ET). El legislador no solo insiste en establecer como regla supletoria legal un periodo de referencia anual, sino que parece querer atribuir a la autonomía colectiva la capacidad de determinar periodos de referencia más amplios. Es evidente la contradicción de esta interpretación con la Directiva sobre tiempo de trabajo que, siendo una norma de seguridad y salud, excluye por completo los periodos de referencia superiores al año.

Pero además, una interpretación semejante supondría rebasar la regla estatutaria de jornada máxima legal, enunciada dentro de los parámetros semanal y anual (artículo 34.1 ET). Y añadiría un nuevo factor de complejidad en la identificación del trabajador a tiempo parcial, pues éste podría trabajar durante el año tantas horas como un trabajador a tiempo completo, si el disfrute de los descansos compensatorios quedase diferido, en todo o en parte, para la siguiente anualidad. Tal resultado no es conforme ni con la definición europea de trabajador a tiempo parcial, ni con el concepto estatutario de trabajo a tiempo parcial, pues en ambos supuestos la confrontación entre las horas trabajadas por el trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo completo comparable se produce en un marco temporal máximo de un año (artículo 12.1 ET y cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE).

Por todas estas razones, es preciso descartar la interpretación según la cual el nuevo párrafo introducido por el Real Decreto-ley 16/2011 autoriza a la autonomía colectiva a instaurar periodos de referencia superiores al anual para compensar los excesos y defectos de horas derivados de la distribución irregular de la jornada.

Las consideraciones hechas hasta aquí muestran que no resulta fácil proteger al trabajador a tiempo parcial de la gestión extremadamente flexible de su jornada ordinaria que permite el ordenamiento. Hubiera hecho falta que la ley incorporase criterios para atemperar la aplicación de las reglas generales de distribución irregular cuando éstas operasen sobre el trabajo a tiempo parcial.

Pero en ausencia de tales disposiciones, los convenios colectivos pueden mitigar los efectos de una excesiva flexibilización, por ejemplo, acotando el número de horas –diarias o semanales– que pueden ser añadidas a la jornada ordinaria; o dejando a salvo determinados días o franjas horarias del impacto de la distribución irregular.

En todo caso, en virtud de las normas sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa y descuelgue, las operaciones llevadas a cabo al respecto en el ámbito sectorial tendrán una eficacia vinculante debilitada. De manera que el nivel de negociación más apropiado para establecerlas es el de empresa. Si bien en él la búsqueda de una ventaja competitiva apoyada en la gestión flexible de la jornada a tiempo parcial probablemente bloquee estas pretensiones garantistas.

5.2. Acumulación de elementos de flexibilidad de la jornada a tiempo parcial

Una de las cuestiones más criticadas de la reforma de 2012 del trabajo a tiempo parcial fue la falta de límites para evitar la acumulación excesiva de diversos instrumentos de flexibilidad de la jornada, que en aquel momento eran las horas extraordinarias, las complementarias y la distribución irregular de la jornada ordinaria.

El retorno a la prohibición de las horas extras y al primado de las horas complementarias podría dar pie a pensar que la nueva regulación ha conjurado los excesos de una gestión extremadamente flexible de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial, pero no es así.

El legislador revela con claridad su intención de permitir la acumulación de elementos de flexibilidad al declarar la compatibilidad entre las horas complementarias propias del contrato indefinido y las pactadas (artículo 12.5.g) ET). Seguramente de esta manera se pretenden conjugar dos sistemas de disponibilidad horaria que, dada su configuración legal y a pesar de sus similitudes, pueden servir a finalidades diferentes. La seguridad con la que cuenta el empresario respecto a la ejecución de las horas complementarias pactadas si fuese necesario, hace de ellas un instrumento más idóneo para transferir parte de los riesgos productivos a los trabajadores a tiempo parcial. Es decir, las horas complementarias pactadas pueden resultar más interesantes para afrontar momentos de incertidumbre respecto al comportamiento de la demanda, o para hacer frente a periodos de restricción de la misma, o evitando costes laborales, que para afrontar incrementos productivos. Y, por el contrario, las horas complementarias que el empresario puede ofrecer en el contrato indefinido parecen más adecuadas para responder a incrementos productivos imprevistos.

Al margen de ello, la reforma tampoco ha establecido incompatibilidades, ni limitaciones, ni siquiera reglas de acomodación, entre la distribución irregular de la jornada a tiempo parcial y las horas complementarias de cualquier tipo. Por consiguiente, es perfectamente posible la acumulación de todos estos mecanismos de gestión flexible del tiempo de trabajo, con el único tope de las reglas sobre descansos mínimos y jornada máxima.

Pese a lo cual, la gestión conjunta de la distribución irregular de la jornada y de las horas complementarias es susceptible de generar ciertas situaciones problemáticas. Aparte de la necesaria identificación de los incrementos de jornada, a efectos salariales y de cómputo, que se beneficia de la exigencia legal de registro de las horas complementarias, cabe preguntarse, por ejemplo, si el empresario puede exigir u ofrecer la realización de horas complementarias en los momentos en que la jornada ordinaria de trabajo se reduce con cargo a los descansos compensatorios. En principio, cabe esperar que los descansos

compensatorios se ubiquen en periodos de descenso de la producción, pero no se puede excluir la concurrencia de circunstancias imprevistas tanto de índole productiva como organizativa –por ejemplo, bajas, vacaciones o permisos del resto del personal-, que sugieran la prolongación de jornada del trabajador a tiempo parcial.

Parece evidente que “rellenar” los momentos de descanso compensatorio con horas complementarias invalida la función reparadora de dichos descansos y, en tal medida, atenta contra la seguridad y salud del trabajador a tiempo parcial. En consecuencia, aunque la ley no prohíbe expresamente esta posibilidad, no resulta admisible, pues los descansos compensatorios deben ser efectivos.

6. DISTRIBUCIÓN DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

Las horas complementarias son un instrumento de ampliación de la jornada que, por lo tanto, incide de manera directa sobre su duración. Pero no cabe duda de que la realización de horas complementarias puede tener un efecto colateral extraordinariamente relevante en la distribución del tiempo de trabajo.

Quizás consciente de ello, con anterioridad a la reforma de 2013, el Estatuto de los Trabajadores señalaba que la distribución y forma de realización de las horas complementarias debería atenerse a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias (artículo 12.5.d) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). De este modo, se expresaba el deseo de que fuese la autonomía colectiva, o bien la autonomía individual en el momento de suscribir el pacto, quien asumiese la regulación de dichas cuestiones.

El Real Decreto-ley 16/2013 ha suprimido esta remisión, a fin de que la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas pasen a formar parte del poder organizativo del empresario, sin más límites que la referencia legal –o convencional- al preaviso. La nueva redacción de la norma responde a una de las constantes que presiden las reformas laborales operadas desde el año 2012, a saber, la pretensión de reducir la intervención de la negociación colectiva –e incluso también de la autonomía individual- para ensanchar el poder unilateral del empresario. Pero en este caso hay que subrayar que la mera omisión del reenvío al convenio colectivo o al pacto individual no impide que ambos puedan seguir regulando la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas. Ahora bien, al igual que se ha hecho notar respecto a la distribución irregular de la jornada ordinaria, hay que dejar constancia de la debilidad del convenio sectorial en esta materia, a causa de las normas sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa y descuelgue, en relación con la distribución del tiempo de trabajo (artículo 84.2.c) y 82.3.b)

ET). Y de las escasas expectativas de conseguir una regulación garantista de las horas complementarias pactadas a nivel de empresa⁵³.

El panorama es similar respecto a las horas complementarias derivadas de la suscripción de un contrato indefinido. La ley dice que el empresario puede ofrecerlas “en cualquier momento” (artículo 12.5.g) ET). Aparte de otros significados, esta expresión también puede interpretarse como una exclusión de cualquier regla sobre distribución de estas horas complementarias. No obstante, por muy lacónica y contundente que sea la redacción del precepto – sin duda para acentuar su carácter imperativo- no hay motivo para concluir que los convenios colectivos no puedan determinar, por ejemplo, un límite de horas complementarias exigible en cierto marco temporal –diario, semanal o mensual, por ejemplo-, o prohibir la realización de horas complementarias en ciertos días o franjas horarias.

La única exigencia legal acerca de la colocación de las horas complementarias es el respeto a los topes legales sobre descansos diario, intrajornada y semanal, así como al tope de nueve horas de jornada máxima diaria, en caso de que no haya sido eliminado por pacto colectivo, y sobre jornada máxima en el trabajo nocturno (artículo 12.5.i) ET). Pero aunque el Estatuto no lo indique, no podrán realizarse horas complementarias en días de vacaciones y, si la jornada diaria es inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y se realiza de forma partida, la colocación de las horas complementarias estará sujeta a la regla legal o convencional, en su caso, sobre interrupción de la jornada a tiempo parcial (artículos 38 y 12.4.b) ET).

⁵³ El Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas, B.O.E. de 24 de febrero de 2014, limita las posibilidades de distribución de las horas complementarias a las franjas horarias, los días de la semana y los periodos en los que sea exigible la prestación de trabajo ordinario, vedando expresamente la determinación genérica de la distribución de tales horas o aquella que conlleve la disponibilidad plena del trabajador. Además, establece que las horas complementarias solo serán exigibles cuando vayan unidas al inicio o al fin de la jornada (art. 18.2). Aparte de este ejemplo de regulación garantista de la distribución de las horas complementarias, el resto de los convenios colectivos o bien no indican en esta cuestión, o bien la regulan con bastante laxitud. La mayor parte de ellos hacen depender la distribución de las horas complementarias de las necesidades productivas, sin otras condiciones, con lo que se deja un amplio margen de poder en manos del empresario. Como ejemplo de ello, puede verse el Convenio colectivo de Menzies Handling Alicante, UTE, Menzies Handling Almería, UTE, Menzies Handling Jerez, UTE y Menzies Handling Murcia, UTE, B.O.E. de 7 de enero de 2014 (art. 22.6), el Convenio colectivo de Swissport Handling Madrid UTE y Swissport Handling Lanzarote UTE, B.O.E. de 10 de febrero de 2014 (art. 22). Entre los convenios sectoriales, el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, B.O.E. de 28 de mayo de 2014, sujeta igualmente la distribución y forma de realización de las horas complementarias a “las necesidades y modificaciones reales de los servicios” (art. 19). Por otra parte, el Convenio colectivo de Essilor España, S.A., B.O.E. de 21 de marzo de 2014, establece la posibilidad de distribuir las horas complementarias “a lo largo del año natural en función de las necesidades organizativas y productivas de la empresa” (art. 19).

La ley deja en el aire la cuestión de si podría solicitarse la realización de horas complementarias en días festivos o no laborables a tenor del calendario de la empresa. Para hacer efectiva esta posibilidad sería necesario que así se advirtiese en el convenio colectivo, acuerdo de empresa, o incluso en el pacto de horas complementarias⁵⁴. De lo contrario, se trataría de una extralimitación del poder unilateral del empresario que ampliaría aún más la extensa disponibilidad que pesa sobre el trabajador a tiempo parcial, lo que no resulta admisible.

Así pues, dentro de estos contornos, la ley permite cualquier distribución de las horas complementarias conforme a parámetros propios, no necesariamente coincidentes con los parámetros de distribución ?jados para la jornada ordinaria.

A partir de ahí, una distribución fuertemente irregular de las horas complementarias, combinada con la distribución irregular de la jornada ordinaria o con fórmulas de trabajo a tiempo parcial vertical, multiplica las posibilidades de gestión flexible del tiempo de trabajo.

Piénsese, por ejemplo, en la concentración vertical tanto de la jornada ordinaria como de las horas complementarias. La jornada ordinaria de los trabajadores a tiempo parcial podría concentrarse en determinados periodos del año –incluso con una jornada diaria igual a la de los trabajadores a tiempo completo–, acumulándose las horas complementarias en otros periodos en que las necesidades de la empresa sean menores o intermitentes. Durante estos últimos, el trabajador estaría sometido a un auténtico régimen de trabajo a llamada, pues, más allá del preaviso legal o convencional de las horas complementarias pactadas, desconocería los días en que debe o puede prestar servicios, la duración de su jornada –tanto la diaria como la total en ese periodo–, su horario de trabajo en caso de que fuese llamado, y su salario. Por su parte, el empresario no tendría ningún deber de exigir u ofrecer la realización de horas complementarias, y en caso de hacerlo, no está obligado a respetar ningún orden o prioridad respecto a la llamada⁵⁵.

A la vista de los sutiles límites entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, y la amplitud que puede llegar a tener la jornada complementaria en los contratos indefinidos con pactos de horas complementarias, sería factible que un trabajador a tiempo parcial trabajase durante cinco meses el mismo número de horas diarias que un trabajador a tiempo completo, en cumplimiento de su jornada ordinaria, y que durante el resto del año el empre-

⁵⁴ De hecho, la falta de referencias claras del convenio colectivo o el pacto a la distribución de las horas complementarias ha favorecido su colocación en momentos ajenos a la jornada laboral habitual. A este respecto, véase la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2009, rec. núm. 2274/2006.

⁵⁵ Un ejemplo de este tipo de regulación puede verse en el XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Operadora, S. Unipersonal, B.O.E. de 22 de mayo de 2014, (Segunda Parte, art. 1).

sario pudiera ofrecerle/exigirle trabajar con cargo a las horas complementarias hasta cuatro meses y medio, si el convenio colectivo hubiese optado por los porcentajes máximos.

En este contexto es posible que los contratos de trabajo ?jos periódicos sufran reformulaciones, básicamente para reducir la jornada ordinaria y poder hacer uso de las horas complementarias que, como contratos inde?nidos que son, les con?ere ahora el Estatuto de los Trabajadores. O bien para concluir además pactos de horas complementarias, permitiendo así al empresario un mejor ajuste de los recursos humanos en los momentos iniciales o ?nales de la temporada.

También es muy probable que la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial cause un fuerte impacto sobre el trabajo ?jo-discontinuo, que podría retraerse en favor de nuevos contratos a tiempo parcial con amplios márgenes de horas complementarias. Y es que, a la luz de la legislación vigente, resulta más sencillo suscribir con los trabajadores de temporada contratos a tiempo parcial inde?nidos, con pactos de horas complementarias que alcancen el tope máximo, sea legal o convencional, que optar por la modalidad de ?jo-discontinuo. De este modo, se evitan las reglas sobre llamamiento, que pueden dar lugar a reclamaciones laborales si no se sigue el orden establecido, no se respetan los requisitos de forma exigidos por convenio, o no se llama o se posterga a quien tenía derecho a participar en la campaña. Además, mediante el uso de las horas complementarias se puede conseguir un ajuste más exacto de la fuerza de trabajo disponible a las necesidades de cada campaña. Obviamente, todo ello se consigue a base de menoscabar los derechos de trabajadores en sectores donde la precariedad laboral tiene una fuerte presencia.

7. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

El régimen mixto de trabajo a llamada que el trabajo a tiempo parcial asume con la nueva regulación de las horas complementarias di?ulta en extremo la atención de responsabilidades personales y familiares durante el tiempo de no trabajo. La incertidumbre que comportan los regímenes de horas complementarias es incompatible con la organización de la vida personal y familiar, y ni siquiera la pretendida voluntariedad de las horas complementarias propias del contrato inde?nido puede alterar esta conclusión, por las razones que ya se han expuesto.

Pero además, el nuevo régimen de trabajo a tiempo parcial puede interferir en el ejercicio de los derechos de conciliación legalmente reconocidos. La mayor parte de ellos son derechos de ausencia, es decir, conceden al trabajador la facultad de reducir en diversa medida su tiempo de trabajo para atender a las

necesidades familiares. A este esquema responden las reducciones de jornada, permisos y excedencias. La conciliación como derecho de presencia no tiene un reconocimiento firme a nivel legal. Aunque se enuncia un derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada por razones de conciliación, su ejercicio solo es posible en los términos establecidos en la negociación colectiva o en acuerdo individual con el empresario (artículo 34.8 ET). Y lamentablemente, la negociación colectiva no ha hecho un gran esfuerzo por regular fórmulas flexibles de adaptación de la jornada a las necesidades familiares, ni por defender la idea de que éstas deben pactarse individualmente en el seno de la empresa. Más allá de medidas muy consolidadas en algunos convenios colectivos, como los horarios rotantes, resulta difícil encontrar otros instrumentos más sofisticados de adaptación de la jornada por motivos familiares.

De esta breve mirada a los mecanismos de conciliación previstos en el ordenamiento se desprenden dos consecuencias importantes. Primero, que las medidas de conciliación se conciben tomando como referencia al trabajador típico, esto es, al trabajador con contrato indefinido y a jornada completa, pues solo en el contexto de semejante relación laboral tienen pleno sentido derechos como las excedencias o las reducciones de jornada. Y segundo, que los derechos de conciliación actúan sobre la duración de la jornada ordinaria, pero no alcanzan otras dimensiones de la misma, como su distribución, o bien tiempos de trabajo adicionales, de presencia o de disponibilidad que no se integran en la jornada ordinaria⁵⁶.

Estas dos consecuencias tienen una relevancia especial respecto al trabajo a tiempo parcial. Para empezar, es posible que algunas instituciones de conciliación presenten menor interés para los trabajadores a tiempo parcial. Así podría suceder con la reducción de jornada diaria para el trabajador a tiempo parcial horizontal, que cuenta ya con una jornada diaria inferior a la del trabajador a jornada completa (artículo 37.5 ET). En cambio, para el trabajador a tiempo parcial vertical la reducción de jornada diaria tiene la misma utilidad que para un trabajador a tiempo completo. De todos modos, esta institución sí podría interesar al trabajador a tiempo parcial horizontal para evitar prestar trabajo en una franja horaria comprendida dentro de su jornada ordinaria e incompatible con las responsabilidades familiares, pues la concreción horaria de la reducción corresponde al trabajador (artículo 37.6 ET).

Pero el mayor problema que plantea el ejercicio de los derechos de conciliación en el trabajo a tiempo parcial es que éste no alcanza a las horas complementarias. Es decir, si un trabajador a tiempo parcial opta por una reducción de jornada por razones de conciliación, la cuantía de la reducción se calculará

⁵⁶ A este respecto, véase la SAN núm. 74/2014, de 10 de abril, sobre la aplicación de la reducción de jornada por guarda legal a los trabajadores del transporte sujetos a tiempos de presencia.

en función de la jornada ordinaria, y la reducción deberá llevarse a cabo dentro del horario de la jornada ordinaria, sin que se tengan en cuenta las horas complementarias que podría realizar o que ya ha ejecutado, al haber suscrito un contrato indefinido o un pacto de horas complementarias. De este modo, hay una parte de su tiempo de trabajo que no computa a efectos del cálculo y del ejercicio del derecho de conciliación.

En todo caso, los derechos de conciliación que consisten en reducciones de jornada sí tienen una incidencia directa respecto a las horas complementarias, pues como éstas se calculan también en función de la jornada ordinaria, la reducción de la misma deberá determinar inmediatamente una novación del pacto de horas complementarias, a fin de rebajarlas, y/o ser tenida en cuenta para el cálculo de las horas complementarias que derivan del contrato indefinido. Incluso, en el supuesto de que la jornada reducida no alcance diez horas semanales en cómputo anual, habría que descartar el uso de horas complementarias mientras dure la reducción de jornada.

Sin embargo, aunque la cantidad de horas complementarias se ajuste a la jornada reducida, el trabajador seguirá sujeto a la estrecha disponibilidad que éstas arrojan sobre su tiempo de no trabajo. Es más, al no haber reglas específicas al respecto, es posible que el trabajador deba realizar horas complementarias en las franjas horarias en las que se aplica la reducción de jornada, haciendo inútil el ejercicio de este derecho.

En cambio, los derechos de conciliación que implican la suspensión del contrato de trabajo podrán ser ejercitados sin problemas por los trabajadores a tiempo parcial, pues al ser el pacto de horas complementarias accesorio al contrato, sigue su misma suerte.

Esta diferente incidencia de las horas complementarias sobre los derechos de conciliación que consisten en reducción o adaptación de jornada, por un lado, y los que implican la suspensión del contrato de trabajo, por otro, no es positiva, porque puede empujar al trabajador a tiempo parcial a optar por éstos últimos, pese a los riesgos que conllevan de pérdida de capacidades profesionales, derechos salariales o de protección social.

La opción legislativa a favor de un modelo de trabajo a tiempo parcial orientado a la mejora de la productividad y competitividad empresarial, y no a la conciliación de la vida laboral y familiar, es legítima. Ahora bien, lo que no resulta admisible es que las condiciones de flexibilidad atribuidas legalmente a la jornada de trabajo a tiempo parcial impidan el ejercicio de algunos derechos de conciliación que la ley reconoce a todos los trabajadores. Es precisa, por tanto, la introducción de mecanismos que maten la exigencia de las horas complementarias cuando el trabajador ejercita derechos de reducción o adaptación de la jornada, impidiendo, por ejemplo, que dichas horas se sitúen en determinadas franjas horarias, o limitando la cantidad de horas complementarias diarias.

8. CONCLUSIONES

El nuevo régimen de horas complementarias altera el anterior equilibrio entre las fuentes reguladoras. La ley se hace más fuerte e imperativa a fin de desplazar a la negociación colectiva sectorial, y los pocos espacios abiertos a la negociación deberán desarrollarse seguramente a nivel de empresa. El poder unilateral del empresario se nutre de los silencios legales y convencionales, pero sin duda, la fuente reguladora que emerge con mayor contundencia en este escenario es la autonomía individual, que adquiere una dimensión muy novedosa en el contrato por tiempo indefinido. No obstante, esta estrategia ignora una de las tradicionales funciones del Derecho del Trabajo, a tenor de la cual, la diferente fuerza negociadora de las partes del contrato hace preciso el establecimiento de garantías a fin de asegurar la libertad contractual y evitar abusos que puedan menoscabar la dignidad de los trabajadores. La regulación de las horas complementarias –las pactadas, pero especialmente las propias del contrato indefinido– vuelve a dejar a solas frente a frente a las partes de la relación laboral, como si ambas tuvieran la misma fuerza y libertad para decidir.

El Derecho del Trabajo afronta el reto de reformular sus principios para adaptarlos al sistema productivo, pero ello no puede suponer una renuncia a sus señas de identidad. Las normas sociales deben poner a disposición de los trabajadores mecanismos con suficientes garantías para que éstos puedan participar en la gestión de sus condiciones de trabajo y de su carrera laboral, en vez de ser sujeto pasivo de decisiones tomadas por los actores económicos⁵⁷. La pregunta es si la regulación de la jornada de trabajo a tiempo parcial lo consigue.

En cuanto a sus objetivos, la reforma de las horas complementarias es una manifestación más de una tendencia ya generalizada en los actuales mercados laborales que consiste en la transferencia de los riesgos productivos de la empresa a los trabajadores⁵⁸. Las bolsas de horas complementarias, ya sean pactadas o propias del contrato indefinido, actúan como amortiguador frente a las bruscas bajadas de la demanda que pueden generar costes laborales innecesarios. La adaptación de los recursos productivos a las necesidades reales de la empresa mediante este sistema no conlleva ningún coste económico para el empresario, pero a cambio de ello, el trabajador sujeto a horas complementarias ha de soportar una intensa disponibilidad e inseguridad respecto a su jornada, horario y salario. Las diversas modificaciones operadas en el régimen

⁵⁷ Schiek, D., "Re-embedding economic and social constitutionalism: Normative perspectives for the EU", *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Schiek, D., Liebert, U. y Schneider, H., Cambridge University Press (2011) 30.

⁵⁸ Davies, A., "Regulating atypical work: beyond equality", *Resocialising Europe in a time of crisis*, Countouris N. and Freedland, M. (eds.), Cambridge University Press (2013) 246, 247.

de horas complementarias facilitan el uso de este mecanismo y su control por el empresario, e incrementan el margen de riesgo productivo que puede trasladarse a los trabajadores.

La transferencia de riesgos permite a la empresa ser más competitiva, y por ello se espera que la nueva regulación contribuya a crear empleo, principalmente a tiempo parcial. Ahora bien, la reforma puede tener un impacto negativo sobre quienes eligen esta modalidad contractual de forma voluntaria, aunque no es éste el perfil usual del trabajador a tiempo parcial en España. También habrá que ver si, en caso de producirse, el aumento del empleo a tiempo parcial se hace a costa de empleo a tiempo completo, pues es posible que, a la vista de la mayor flexibilidad de la jornada y de la posibilidad de regular sus condiciones a nivel de empresa, algunas empresas se vean tentadas a fomentar la conversión de trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial.

Teniendo en cuenta que la jornada a tiempo parcial puede acercarse mucho a la jornada a tiempo completo, y que la proporción de horas complementarias ahora puede ser más alta, cabe preguntarse si, al amparo de la legalidad, la reforma abre una vía para eludir la aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo completo, que aporta más seguridad jurídica a los trabajadores, pero que puede implicar mayores costes económicos u organizativos. Parece que esta pregunta podría tener en términos generales una respuesta afirmativa.

Todas las razones expuestas permiten concluir que la reforma de las horas complementarias, y el nuevo trabajo a tiempo parcial que se instaura con ellas, contribuyen a una devaluación de la calidad del empleo en general, abriendo la puerta a elementos de flexibilidad muy acentuada que hasta ahora habían tenido una presencia contenida en el mercado laboral, pero que en un futuro próximo podrían generalizarse.